

COMPRENDRE LE DÉLIT DE FAVORITISME

DÉFINITION

Le délit de favoritisme est « le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une

mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics

CONTEXTE

Le contexte est celui **des marchés publics** et particulièrement de la nécessité de faire respecter la règle de l'égalité des candidats devant l'offre publique (en évitant ainsi le favoritisme). Les scandales politico-financiers des années 1990 ont mis en évidence des systèmes de financement occulte des campagnes politiques en échange d'attributions irrégulières de marchés publics. C'est la **Loi du 3 janvier 1991** relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché, qui a instauré le délit de favoritisme. Aujourd'hui il constitue un des délits regroupés dans le Code pénal à la section « des manquements au devoir de probité »².

Depuis lors, législateur et jurisprudence n'ont eu de cesse d'étendre l'application de ce délit, particulièrement à tous les marchés publics, même ceux qui ne sont pas régis par le Code des marchés publics, toutes les délégations de services publics³...

Selon des projections basses, les manquements aux règles posées par les marchés publics représenteraient un coût de l'ordre de **120 milliards pour l'Europe**⁴, plus de la moitié des « pots de vin » sont versés pour l'obtention d'un marché public, ce qui justifie la sévérité des sanctions.

DÉLAIS DE PRESCRIPTION

Suite à la réforme de la prescription⁵, le délai de prescription de l'action publique en matière de délit a été doublé, **passant de 3 ans à 6 ans**. Cette loi est entrée en vigueur au 1er mars 2017.

Elle s'applique immédiatement aux situations en cours et rallonge le délai de prescription en cours.

1 - Article 432-14 du Code pénal.

2 - Des articles 432-10 à 432-17 du Code pénal.

3 - Cour de cassation, chambre criminelle, 17 février 2016, n° 15-85363.

4 - Commission européenne – Fiche thématique du semestre européen – Les marchés publics 22 novembre 2017.

5 - Loi n° 2017-242 du 27 février 2017.

A QUELLES CONDITIONS LE DÉLIT EST-IL CONSTITUÉ ?

→ Condition n°1 : la qualité de l'auteur.

Toute personne, quel que soit son statut, qui intervient dans le processus d'attribution du marché peut être qualifiée d'auteur du délit de favoritisme. L'article 432-14 du Code pénal mentionne comme auteur du délit : « toute personne dépositaire de l'autorité publique », c'est à dire toute personne qui dispose d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les personnes et sur les choses, pouvoir qu'elle manifeste dans l'exercice des fonctions, permanentes ou temporaires, dont elle est investie par délégation de la puissance publique. Sont concernés : **les représentants et fonctionnaires de l'Etat, ou des collectivités territoriales**, ce qui inclut :

- toute personne chargée d'une mission de service public ;
- toute personne investie d'un mandat électif public ou exerçant

les fonctions de représentant (maires président de conseil général ou régional...);

- tout administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ;
- toute personne agissant pour le compte de l'une de celles sus-mentionnées. Le fait, pour un élu par exemple, de déléguer sa signature à un tiers ne le décharge pas de sa responsabilité dès lors que par des actes matériels il a donné des instructions pour que les documents qui établissent le délit, soient signés.

→ Condition n°2 : la transgression d'une disposition législative/ réglementaire ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats.

Cette notion vise les textes qui instaurent les procédures particulières applicables en matière de marchés publics et de délégations de services publics. En revanche, la notion ne saurait concerner les dispositions d'une directive européenne non encore transposée dans l'ordre juridique interne.

Exemples :

- Fractionnement du marché pour être en dessous des seuils réglementaires⁵ ;
- Déclarations d'urgence non justifiées⁶ ;

→ Condition n°3 : La transgression doit procurer à autrui un avantage injustifié.

Dans la majorité des cas, « autrui » recouvre **le bénéficiaire du marché**. Mais certains auteurs considèrent que cet avantage peut également être accordé à un tiers. Bénéficiaire de l'avantage litigieux doit être un tiers. L'avantage consenti à soi-même correspond au

délit de prise illégale d'intérêt et non de favoritisme.

L'avantage **n'a pas besoin d'être effectif**. Le simple fait de tenter de procurer à autrui un tel avantage sans y parvenir suffit à consommer l'infraction.

5 - Cour de cassation, chambre criminelle, 13 décembre 2000, Bulletin criminel 2000, n°374.

6 - Cour d'appel de Rennes, 25 juillet 1996, n°1964/95.

D'après la jurisprudence, sont considérés comme des présomptions d'avantages injustifiés :

- Le simple non respect des règles de procédure des marchés publics⁷.
- La participation à des commissions d'appel d'offre de certains candidats à l'exclusion d'autres⁸.
- La fourniture d'informations privilégiées. Par exemple: fournir le devis estimatif permettant à un candidat de formuler une offre à un prix proche de celui attendu par l'administration.
- Un intérêt quelconque (le maintien de l'emploi, financer un parti politique).

Exemple de jurisprudence : En 2014, une ex-adjointe au maire (et ex-magistrate à la chambre régionale des comptes) a été poursuivie pour favoritisme dans l'attribution d'un marché de collecte des encombrants et de gestion des déchetteries. La brigade financière avait découvert qu'une entreprise aurait proposé un soutien au club de basket de la ville en contrepartie de l'attribution de tout ou partie du marché litigieux. (Tribunal correctionnel de Lyon, 3 avril 2014).

➔ Condition n°4 : L'intention de commettre le délit.

Il ne peut y avoir de crime ou de délit sans l'intention de le commettre⁹. S'agissant du délit de favoritisme, l'intention est caractérisée par l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public¹⁰. L'intention coupable est donc qualifiée par la seule conscience de l'irrégularité de la procédure : si l'auteur a méconnu une règle du code des marchés publics «en toute connaissance de cause», le délit est constitué, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'intention de favoriser l'entreprise. Pour apprécier la conscience de l'illégalité

commise, le juge judiciaire prend en compte la personnalité, la formation de la personne considérée (le C.V.)¹¹. La fonction d'élu présuppose, selon le juge judiciaire, un niveau de compétence et un élu ne pourra s'exonérer de ses responsabilités pénales en invoquant sa méconnaissance de la procédure d'appel d'offres.

Exemple de jurisprudence : Début 2009, un adjoint à la maire d'une petite commune a été condamné à trois mois de prison avec sursis pour avoir reçu 500 € en liquide et une vieille voiture de la part d'un responsable d'une entreprise de travaux. Il est reproché à l'adjoint de lui avoir déclaré qu'il «penserait à lui quand la mairie ferait des devis».

PEINES APPLICABLES

Sanction : **2 ans d'emprisonnement et 200.000 euros d'amende** dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Peines complémentaires : ce sont celles prévues à l'article 432-17 du Code pénal pour les délits d'atteinte à la probité¹² :

- Interdiction des droits civils, civiques et de famille pour une durée de 5 ans maximum,
- Interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer une activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise

Exception : exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales.

La confiscation des sommes et objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution. Si l'avantage injustifié entraîne un préjudice pour le Trésor public, la collectivité ou l'organisme intéressé, les fonctionnaires condamnés pour favoritisme encourent une peine d'amende¹³. Le montant de cette amende est compris **entre 300 euros et le double du montant du traitement ou salaire brut annuel** qui lui était alloué à la date de l'infraction.

9 - Cour d'appel de Rennes, 21 novembre 1996, n°1720/96. 6 - Cour d'appel de Rennes, 25 juillet 1996, n°1964/95.

10 - Article 121-3 alinéa 1er du Code pénal.

11 - Cour de cassation, chambre criminelle, 14 janvier 2004, Bull. crim. 2004, n° 11, pourvoi n° 03-83.396.

12 - Cour de cassation, chambre criminelle, 15 septembre 1999, n° 98-87588.

13 - Article 432-17 du Code pénal.

14 - Article L 313-6 du Code des juridictions financières.